POR

EL LICENCIADO DON Antonio S. Cruz Saabedra, dõ Iuã, y Iusepe de Sãta Cruz sus hermanos.

CONTRA.

DIEGO DE S. CRVZ SV hermano, y doña Manuela de Santa Cruz su hija, y Alonso Vela de Roa posseedor del Oficio de Escriuano de Cauildo, sobre q̃ es este pleyto, que salio a el, todos vezinos de Guadix.

EL HECHO DE ESTE PLEYTO ES que abiendo quedado el Oficio de Escriuano mayor del Cabildo de la dicha ciudad de Guadix, por muerte de Iusephe de S. Cruz, padre de los Actores abiendolo tenido antes, Eugenio de S. Cruz su abuelo en primero de Março el año de 600. doña Ysabel de la Trinidad madre de las partes, pidio se vẽdiese este Oficio, casas, censos, y otros quales quier bienes, hasta en la cantidad de las deudas del memorial, que su marido auia dejado en el testamento, y a-uida informacion de la vtilidad, el juez dio licencia para que se vendiese el Oficio, cassas, y censos, lo que con mas comodidad se pudiera vender, andando en pregones Diego de S. Cruz que entonces seruia el Oficio, lo puso en dos mil y quinientos ducados, y en esta cantidad se encargaria de deudas, y censos, y que si no vuiese tantas deudas de la demasia se encargaria

de pagar censo, Con lo qual hecho el remate otorgo venta del Oficio doña Ysabel de la Trinidad en los dichos 2500. ducados, los mil de censos, que se encargo, y los otros mil de deudas que auia de pagar, y por los quinientos restantes, impuso censo en fabor de la hazienda, y en la escritura de venta se puso por condicion la siguiente.

Otro si, con condicion, que vos ni quien por vos fuere parte no abeis de poder vender ni en agenar a ninguna persona de las en derecho prohibidas ni a otra persona el dicho Oficio hasta tanto que los tengais pagados, y satisfechos los dichos dos mil y quinientos ducados, y la venta o enagenation que de otra manera hizieredes sea en si ninguna, y de ningun valor ni efeto, y no pase ni se trasfiera señorio en ningun tercero, antes por el mismo caso cayga en pena de comiso, y por tal yo y los dichos menores o qualquiera de nos os lo podamos quitar por comiso.

2 CON esto los Actores por el año de 613. estando dos dellos, que son Iuan y Iusepe detro de los veinte y nueue años, pusieron demãda a Diego de S. Cruz su hermano diziendo, que ansi en auer vendido el Oficio, como en el precio que por el se dio, fueron lesos y engañados, pidieron restitucion, y que se diesse por ninguna la venta, y auiendose contestado la demãda, y probeido auto, que esta notificado para que Diego de S. Cruz no vendiera el Oficio mientras el pleyto se fenecia, lo vendio a Alonso de Vela de Roa, con el qual y con la dicha doña Manuela hija y heredera del dicho Diego de S. Cruz, se a proseguido el pleyto, y para que en el se aya de determinar en fabor de los Actores, y se de por ninguna la venta, mandandoles restituir el Oficio, se considera lo siguiente.

3 Lo primero, que la venta del Oficio en ninguna manera fue prouechosa a los menores, por que aunq̃ en la relaciõ que se hizo a la justicia se dixo, que auia deudas cuya cobrança instaba, esto no fue cierto por que si consideramos las deudas, en quanto a los censos, estos no podian sus dueños obligar a redimir los

principales

principales, y en quanto a los reditos de mas de ser pocos, no consta que se deuiesse cosa alguna dellos, y assi es cierto, porque si algo se deuiera de corridos, se vbiera encargado dello en la escritura de venta, y pues solo se encargo de los principales, cosa llana es que no se deuian corridos.

4 Y en quanto a los mil ducados de deudas sueltas, tambien es cierto que los acreedores no instauan en su cobrança, porque quatro años despues, que fue por el año de 604. en la particion que Alonso Vela de Roa contador que dixo ser de todas las partes, dize, que Diego de Santa Cruz era deudor de los 2500. ducados, en que se le auia vẽdido el oficio, y que sacados mil y ochocientos reales que le tocauan de legitima, era deudor de 25664. reales de que le hizo cargo: de suerte, que caso que las deudas fuessen ciertas, lo es tambien que no dauan prisa sus dueños en la cobrança, pues passados quatro años de como se otorgo la venta, se estauan sin pagar, y en el mismo ser q̃ al principio, y no solo entonces no instauan, pero hasta aora no lo an hecho, pues consta que de todas las que se encargo Diego de Santa Cruz solo a pagado 3600. y tantos reales.

5 Esto supuesto, compete a los Actores la restitucion que tienen pedida, porque para que la venta de bienes de menores, hecha con informacion de vtilidad, y autoridad de justicia, se sustente, es necessario, que sea tan precisso y forçoso auerlos de vender, que no se pueda escusar en tanto grado que de derecho comun, si no era para pagar deudas, no se podian vender. l. magis puto. §. si es alienum, ibi. *& magis est ne possit pretori enim non liberum arbitrium datum est distrahendi res pupillares sed ita demum si es alienum immineat*. Y aunque de derecho del Reyno se puedẽ vender sin que aya deudas, pero es menester que concurra tan extrema y precissa necesidad de venderlos que no se pueda escusar, vt in l. 4. titu. 5. part. 5. ibi: *Estos tales non deben enagenar las cosas de los guerfanos*

nos, fueras ende, quando les fuessen tan gran menester, que non podran al facer. Y en estonces tambien a de ser la venta que resulte della aprouechamiento a los menores y no daño, ibi: *E aun a menester que aquello q̃ desta guissa compraren del que sea a pro del guerfano, y non a daño, ca si engañado se fallasse por rezon de la tal vendida puede la desfazer hasta los veynte y nueue años:* quod etiam probatur in.l.18.titu.16.par. 6.& in.l.60.titu.18 par.3. Y en este caso no se puede dezir que vbo necessidad de vender el oficio, por la consideracion que queda hecha de que las deudas no dauan prisa, ni la an dado hasta oy.

6 Y caso que fuera forçoso pagarlas luego, no se deuia ni podia vender vn oficio de tanta estimacion y honrra, y de tanto valor, auiendo otros bienes con que poderlas componer, y satisfacer; vt expresse probatur in.d.l.magis puto§.non.passim, ibi: *Item requiratur num alia res sint præter prædia, quæ distrahi possint ex quarum pretio æri alieno satisfieri possit;* & ibi: *Sed & si alia possessio minor vel minus vtilis pupillo magis eam iubeat distrahi quam maiorẽ & vtiliorem.* Y aqui como consta del inuentario, quedaron otros muchos bienes en casas, viñas, cortijos, molino, y otras cosas valiosas, en quantidad de mas de ocho mil ducados, de los quales se pudiera vender los que fuesse mas aproposito. Y menos frutiferos y necessarios a los menores, y que su valor se proporcionase con las deudas que se tratauan de pagar, como se hizo despues quando se vendieron las casas, con cuyo precio se redimieron los mil ducados de censo, y se pagaron otros setecientos de vna memoria, o vinculo, y no querer con capa de deudas vender vn oficio como este sin auer pagado, ni redimido con el mas que los dichos tres mil y tantos reales, y estos tan a la larga, y en tan menudas partidas, que cõ tres años que vbiera estado en arrendamiento, aun que no fuera mas de cien ducados cada vno, se vbieran pagado las mismas, y quedara el oficio libre a los me

nores

nores, y le tubieran oy con el aumento que el tiẽpo le a dado, y contodo lo que despues vbiera rentado.

7 Y bastara para que los Actores vbiesen sido lessos no solo el agrauio q̃ sea considerado, sino que de el suceso o venta no les pudiese resultar comodo, ni aprouechamiento alguno, por que aunque al menor no se le concede restitucion contra el acto que ygual mẽte puede traer daño y aprouechamiento, por que el suceso dudoso le sustenta, pero quando nihil lucri aut com modi afferre poste euentus, entonces dicitur lęssus minor vt insimili cõsiderat, Decius in l. de fidei cõmisso. C. de transact. tradit Surdus decisi. 278. n. 24.

8 Y seria cosa rigurosa, que por ser Diego de Sãta Cruz hermano mayor de los Actores de edad q̃ seruia ya el oficio como consta de la postura que del hizo y tener mando en su casa y con su madre para hazer lo que quisiese se hubiera de quedar con el sin auer puesto por el ni pagado mas q̃ los dichos tres mil reales, y que de tangrande comodidad como en esto a tenido vbiese de priuar a sus hermanos vsando con ellos de tangrã dolo y fraude como se dexa entender y se descubre con euidencia, pues abiendose pedido y dado la licencia para vender los bienes que con mas comodidad se pudiese, solo se vendio el oficio con tanta in comodidad y agrauio de sus dueños sin que se tratase de vender otros bienes, y assi llanamente lo puedẽ sacar y reiuendicar a vnq̃ en la vẽta aya interuenido autoridad y decreto, vt tradit Caldas Pereira ad l. si curatorẽ habens C. de in intregũ restitu. verbo contractum fecisti nu. 2. versi. quinimo, ibi *quod si in alienatione bonorũ inmobiliũ minoris cũ decreto iudicis facta fraus interuenerit sit autem emptor illius fraudis particeps recuperabitur res a minore absque pretij restitutione*, y no solo en esse caso, pero aunque no aya sido fraude en el comprador basta que el menor non sit expretio factus locupletior, para que le cõpeta el mismo remedio vt ibi cõsiderat Caldas citans Mauriciũ de restitutione & alia iura quibus optime cõprobat.

9 Y este fraude en el comprador es llano, porq̃ como se a dicho al cabo de quatro años, confiessa que era deudor a la haziẽda del valor del oficio en los dos mil y quinientos ducados, segun lo qual no se vendio para pagar deudas, si no para que el debiesse el precio, y sus hermanos quedassen sin el. Y con lo que mas se descubre, es con auer despues vendido las casas para pagar los mil y tantos ducados de censo de que se auia encargado, buscãdo deudas inciertas y sin dueño, y otras que estauan ya pagadas para encargar se dellas en lugar de los censos, y dar color que le co staua algo el oficio, engañando a sus hermanos menores que ignorauan el estado de la hazienda, como se vee, pues an passado hasta aora por semexãte agrauio, minor enim non solum factum, sed etiam ius ignorare presumitur. l. siquis patrem versi. proinde. ff. ad Macedon. Surdus decisione. 25. n. 16. & consi. 251 nu. 16. quiriendo enriquecerse con la sustancia y hazienda de los pobres guerfanos como auia venido a conseguirlo si el oficio no se le quitase, pues auiendo le costado en hecho de verdad trecientos ducados, lo vendio por quatro mil sin el aprouechamiento que tuuo en veinte años, que figuramãte fue mas de tres tanto, que quando no vuiera otra lesion que auer dexado de pagar los censos de que se encargo y vendido a los menores su hazienda para redemirlos, era bastante para darlo todo por ninguno.

11 De donde resulta, que los Actores fueron lesos, assi en vender como en el precio por que se vẽdio el oficio, y se les a de restituyr con los fructos, y intereses. l. quod si minorem. § restitutio. l. patri. 28. §. item ex diuerso. ff. de min.

12 Y no solo auiendole costado a Diego de santa Cruz el oficio tampoco como se a dicho, pero quando en hecho de verdad vbiera pagado los dos mil y quinientos ducados, competia la misma restitucion en quanto a vender, porque no fue necessaria, ni vbo causa precissa y vrgẽte, segũ lo manifesto el successo,

pues

pues no se pagaron deudas, y descargo la hazienda, y asi es cierto que se vendio sin necesidad, lo qual solo bastara quia minor qui non necesario vendidit restituitur ad rem cum vendere sibi non expedierit glos. Baldus & Salicetus & omnes in l. siquidē C. de predijs mino. Fulgosius, Socinus, Gozadi. & alij apud Minchacam controuersi. vsufreq. lib. 3. cap. 65. nu. 1.

13 Y en quanto al precio por que es cierto que al tiempo de la venta valia quatro mil ducados, asi por auerse vēdido el otro oficio del cabildo vn año o dos despues, por tres mil y 817. ducados, y este por quatro mil, el año de 607. como por la probança que dello ay, y de que el padre y abuelo de los actores vsandolo bien sustentaron con el vna familia con mucho lustre y opulencia tiniendo cauallos, esclauos, y mucha gente como la casa de qualquier mayorazgo de Guadix, de mas que quando no vbiera tan grasse lesion bastara qualquiera, cum minor etiam pro modica lesione restituatur licet nō sit vltra dimidiā vt per glos. & DD. in l. 2. C. si aduers. vendit. pig. & in d. l. si ex causa de minor Alex. consi. 57. lib. 5. resoluit. Hipollit. in l. furem ff. ad. l. Cornel. de sicar. Pinel in. rubr. C. de rescin. 1. par. cap. 1. nu. 26. Caldas in. d. l. si curatorē vbi vel aduersarij dolo. nu. 7. prope finem, Couar. lib. 1. variarum cap. 3. nu. 11.

14 Y no solo quando ay lesion sino quando no ay ganancia quia minor etiam ad lucrum restituitur cū lucrum ipsum vere lęsio abstulerit atque ita cum de interesse tractatur etiam interesse lucri cessantis consideratur eiusque ratio habetur text. elegans in l. si sterilis. § si per venditorē digest. de act. empt. glos. in c. cōquestus de vsuris quod etiā expressē traditur ab Vlpiano in l. nō omia 45. de minor. ibi. *vt si ab alijs circumuenti vel sua facilitate decepti aut quod habuerint omisserint aut quod acquirere emolumentum potuerunt omisserint* l. ait prętor. 7. § fina. ibi. *hodie certo iure vtimur vt in lucro minoribus sucurratur.* l. & si sine dolo. ibi. *an propter lucrum restituendus sit, & quotidie*

die pratores restituunt vt rursus admitatur licitatio,& probant alia iura apud Couarr.lib.1.variarum cap.5. nu.2.Calda.verb.vel aduersarij dolo.nu.3.

15 Con lo qual queda respondido si se opusiere q̃ por auerse vendido en almoneda se presume ser en su justo valor,y no auerse de admitir restitucion porque las leyes a riba referidas tienen lo contrario,y expressamente lo prueba y tiene assi,Caldas dicto nu.3 y se colige de la.l.1.tit.11.lib.5.recopi.donde se concede el poder intentar lesion contra las ventas y remates que se hazen en publica almoneda.

16 Y agora sea la lesion in vendendo,a ora en el precio,siempre el menor se restituye ad rem recuperandam,ita tenent Albericus & Cinus in d.l. si quidẽ. C.de predijs minor,& alios citans sequitur. Pinel.de rescindenda 3.par.cap.1.nu.21.& Minchaca d. lib.3. cap.65.num.2.versi.quid dizendum Caldas verbo in intregum restitutum nu.15.versi.exquibus.

17 Y a esto no obstara decir,que vno de los actores que es el Canonigo es mayor de veynte y nueue años y lo era al tiempo que se intento el pleyto,por q̃ auiẽdo interuenido en la venta tan grande fraude,y dolo que dio causa al contracto,fue ipso iure nullo y junto con esto tenia mala fee el comprador,que fue Diego de Santa Cruz,y assi no pueden valerse de prescripcion,ni del transcurso del tiempo que aya passado,de mas que siendo el oficio indiuiduo,ya se sabe,que los mayores gozan del priuilegio y beneficio que en la causa comun compete a los menores ex glosa celebri communiter approbata in l.vnica.C.si in vna eadẽ que causam l.2.C. de cõsortibus eiusdẽ litis l.5,tit.23. par.3.vbi glos.6.probat late Caldas ad d.l.si curatorẽ verbo vel aduersarij dolo ex nu.25.

18 Ni tampoco haze al casso que oy este enagenado el oficio,y en poder de tercero, que lo es Alonso Bela de Roa comprador,porque a esto se satisface con dos razones;la primera que auiẽdose intentado el pleito,con Diego de Santa Cruz en tiempo que lo posseia

possesia y contestado la demanda con el qualquiera e nagenacion que despues aya hecho es ninguna,y se reputa por tal por auer pasado con el vicio de litigioso ex.l.fin,C.de litigiosis cui consonat.l.13.tit.7.p.3, de mas que para mayor firmeça se aduierte, que los actores en el primero pedimiento,y demanda pidieron que la justicia mandase a Diego de santa Cruz,q̃ pendiente el pleito no enagenase el oficio, pena que la venta o enagenacion seria ninguna,y la justicia lo mando asi,y se le notifico,de suerte que concurren dos prohibiciones que cada vna era bastāte para q̃ no se aya de hazer caso de la dicha vēta, y enagenacion.

19 La otra razon es,que aun que el pleyto se vbiese intentado despues de auer comprado Alonso Vela de Roa,es cierto que contra el compete la accion y remedio que tienen intentado los actores, quia remedium restitucionis est in rem scriptum & rem ipsam aficit eam,que sequitur ad quem cunque vadat.l. in causę.§.interdum de minor,ibi,*interdum autem rest titutio & in rem datur minori id est aduersus rei e ius possesorem licet cum eo non sit cōtractum vt putarem a minore emisti,& alij vendidisti potest desiderare interdum aduersus possesorem restitui ne rem suam perdat vel re sua careat*,l.magis puto.§.fin.de rebus eorum, ibi.*sed videndum ē vtrum in rem an in personam dabimus ei actum & magis est vt in rem detur*, probat Couarru.lib.1.variar.cap.5.nu.7.vbi remedium hoc dicit spetere cōtra tertium possesorē etiā si principalis sit soluendo,si minoris interfit plurimum ipsas res potius quam earum stimationē habere probant,& alij quos videre est apud Caldam verbo implorare in integ.restitutionē,n.15.vers.ratio. Y menos importa si dixeren q̃ doña Ysabel de la Trinidad no solo vendio como tutora de sus hijos,sino por lo que a ella tocaba de su dote,por que esto no es cosa de sustancia supuesto que el oficio no se le abia adjudicado por dote, ni auia executado en el,ni hecho particiō, ni por otro camino se le auia adquirido derecho a el.

20 Y puesto que por lo dicho es cierto que se les a de restituir a los menores el oficio con interesses, y reditos, pagando el precio que efectiuamente pago por el su hermano, se ayuda su justicia cōque en la escritura de venta que su madre le hizo, expressamente se obligo que no lo venderia, ni enagenaria a persona alguna, hasta tanto que tuuiesse satisfecho, y pagado los dos mil y quinientos ducados, pena que la vēta, o enagenacion que de otra manera se hiziesse fuesse nulla, y de ningun valor y efecto, y por el mismo casso cayga en comiso, y como tal ella, y sus hijos los menores lo pueda quitar por comisso, o continuar la cobrança.

21 Y q̄ esta condicion sea justa y se aya de guardar, es indubitable, porque no contiene cosa illicita, ni reprobada, auiendose puesto en contrato de compra, y venta pro quo facit generalis regula quod pacta sint seruanda. l. iuris gentium. § prętor ait de pactis, & nihil magis conuenit humanę fidei quam ea obseruare quę placuerunt. l. 1. in prin. de pact. facit. l. sicut. C. de oblig. & act. & graue ē fidem fallere. l. 1. de const. pecunia pactum enim legis hent. vigorem. l. legitima. ff. de pactis Baldus. consi. 213. in fine volum. 3. glo. in rubric. ff. de l. communis. DD. in. l. comissorię. C. de pacti. inter emp. & vēd. Bald. in. l. 1. C. de pact. pign. Abb. in cap. significante de pignoribus vbi etiam sequntur alij Tiraq. de retractu. conuention. in fine. num. 122. Negusant. de pign. in p. 4. in prin. & alij plures apud Surdum decis. 248. nū. 2. & 19. probat late Iulius Cla. lib. 4. sent. § emphiteusis. quęst. 13. per totam, & Ioann. Gutierr. pract. lib. 2. q. 115. nu. 4.

22 Ad quod facit, que es licito el pacto de retro vendendo puesto entre el comprador y vendedor, y en qualquier tiempo puede el vendedor sacar la cosa no auiendose limitado sin que el vendedor se pueda ayudar de prescripcion vt latissime resoluit Caldas verbo sua facilitate. nu. 81. vbi in vers. animaduerto dicit quod qui vendidit rem suam cum pacto de re-

trouen

trouendendo, vt experientia docet cum dificultate reperit emptoré,& si reperiat vilius rem vendit propterpactũ quá obrré tale pactũ ad comodum venditoris adiectum est,& succedit regula quod quando in contractu venditionis quod vis pactum seu conditio apponitur ad commodum vẽditoris tale pactum seu conditio cedit in partem pretij tex. elegans in l.fundi partem de contrahempt.ibi: *nam hoc ipsius pretiũ fundi videtur quod ex pacto venditus fuerat*, & ibi: *ideo vilius fundum vendidisti*, tex. in.l. si sterilis §.si tibi de act.empti etenim res ita vendita minoris valet quando auocari potest ab emptore ex aliquo pacto vel conditione.l.1.§ si heres percepto.ff. ad Treb. l.idem labeo.§.vlti.&,l.sequenti.ff.fam.hercisc.& séper aliud quoduis pactum seu onus in venditionibus appositum e velutiquędam pars pretij ob id quod res vilius venditur notat Baldus in.d.l.fundi partem vbi dicit quod pactum é loco pretij,& quod minus valet quam si libere vẽdatur tradit plura Caldas vbi supra & in num.seqq. Y si auiendo vendido contra este pacto antes de auer pagado los censos de que se encargo,y el de mas precio es llano q̃ la vendedora y sus hijos pueden tornar a tomar el oficio.

23 Y no es de consideracion dezir que conforme a la postura solo se obligo Diego de santa Cruz a pagar las deudas,y censos,y reconocer lo que sobrase, porque auiendo en la escritura de cõformidad de partes puesto este pacto y condicion en que alteraron quanto a el la postura se a de estar a lo q̃ vltimamente hizieron sin que se pueda dezir que esta condicion se a de entender conforme a la postura,porque costando de la verdad en contrario,no se an de admitir cõjecturas,l.ille aut ille.§.cum verbis.ff.de legat.3.l.cõtinuus.§.cum ita de verborum oblig. De mas que aũ no cumplio la postura, pues como se a considerado, no pago los cẽsos,ni a desembolsado mas que los trecientos ducados,con lo qual justissimamente &c.